

浅析商品房买卖中的抵押问题

——评《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件

适用法律若干问题的解释》的第八条、第九条、第二十六条、第二十七条

林 鸿¹

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

[中图分类号] D923.3 [文献标识码] A [文章编号] 1671-380X(2005)S0-0025-02

抵押作为债的担保方式的一种, 由于能够较好地担保债的履行, 在实践中被广泛采用, 而房地产又以其现实性、稳定性、保值性、安全性最强等特性成为普遍采用的抵押物。设立抵押的目的是, 一旦债务人不履行债务, 抵押权人可依法定程序对抵押物变价优先受偿。因此, 抵押物应有变价价值, 应为可转让之物。房地产抵押权的本质在于担保债权的实现。对于有效的房地产抵押, 房地产抵押权设定后, 如果债务人履行了债务, 房地产抵押权即归于消灭; 如果债务的履行期限尚未届满, 房地产抵押权人无权行使抵押权, 否则, 属于侵权行为。那么, 对于商品房买卖过程中出现房屋抵押问题, 如何协调出卖人买受人以及担保权人三者之间的利益平衡, 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的第八条、第九条、第二十六条、第二十七条作了相关规定。

首先, 房产开发商将已经预售的商品房抵押给银行以获取贷款的做法是违法的, 买受人认购的商品房被作为抵押物后, 按抵押担保的法律规定, 抵押人房产开发商不能按期偿还贷款的, 银行作为抵押权人可依法处分抵押物并优先受偿。一旦出现这样的后果, 即使买受人状告开发商并赢得诉讼, 房产开发商也可能无力偿还你的购房款, 这就会使买受人对预购的商品房的权利, 或收回购房款的权利都处在难以实现的困境。因为抵押权人是优先于普通债权人受偿债务的, 即使抵押物在被司法部门查封或执行时, 抵押权也优先于执行权。因此, 房产开发商将已预售的商品房再抵押给他人的行为, 是一种严重的违法侵权行为, 可能使购房者蒙受经济损失。根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的第八条的规定: 商品房买卖合同订立后, 出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人的, 导致买卖合同目的不能实现的, 无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失, 并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。这说明, 我国确立了双倍赔偿的原则, 买受人在遇到其购买的商品房被出卖人抵押时, 就可以采取上述救济手段。同时, 需要注意的是, 第八条第一项的规定有一个潜在问题, 即在商品房买卖合同订立后, 若出卖人有告知买受人该房屋即将抵押给第三

人, 那么此时买受人明知自己的权益即将受到侵犯, 但为了可以得到双倍的已付购房款以及利息等相关损失而故意不积极维护自己的合法权益, 而是等到出卖人将房屋抵押给第三人后, 买受人出来要求索赔, 这就存在着一个买受人钻法律空子的问题, 建议法律在保护房屋买受人利益的同时应对买受人的主观故意方面作出相应的规定。

第九条规定: 出卖人订立商品房买卖合同时, 故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实, 导致合同无效或者被撤销、解除的, 买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失, 并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。在商品房买卖过程中, 由于严重的信息不对称和不完全, 掌握着大量的与产权有关的信息的开发商无疑处于绝对的优势地位, 而为了自己的商业利益, 开发商会极力隐瞒对交易不利的任何信息, 从而损害消费者的利益。开发商擅长四两拨千金, 抵押是开发商常用的手法, 也是为地产行业进行融资的一种惯常手段。由于开发商大多依靠银行贷款进行项目开发, 用来担保抵押的标的物就是建设项目, 开发商边建房边将商品房预售出去, 以收进的购房款偿还抵押贷款, 这样操作加快资金的周转速度, 以解决开发商自有资金不足的难题。通常在盖好房子之后大部分都抵押给银行了, 根本就没有属于自己的房子可卖, 那么卖抵押房也就是唯一的出路了。那么, 买受人如何避免买到抵押房? 从买受人的角度而言有以下几种途径: 1) 买受人在购房前必须要求楼盘出示商品房预售证原件, 查清商品房的预售证件是否完备齐全。因为真正的商品房预售证会显示楼盘的抵押情况, 以避免发生开发商伪造商品房预售证, 隐瞒楼盘抵押的情况出现。2) 可到国土房管部门查询楼盘抵押登记情况。3. 购房后督促开发商及时为业主办理预售登记备案手续。从国家监控角度而言, 国土房管局也应该加大监控力度, 防止开发商边建房边抵押的违法行为。

《解释》第二十六条和第二十七条两个条款的规定, 主要解决商品房担保贷款合同中开发商、买受人以及贷款银行三者之间的关系。我国担保法第五十三条第一款规定: “债务履行期届满抵押权人未受清偿的, 可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖变卖该抵押物所得价款受偿; 协议

¹ 收稿日期: 2005-10-08

作者简介: 林鸿 (1980-), 女, 福建平潭人, 厦门大学法学院 2003 级民商法专业研究生。

不成的抵押权人可以向人民法院提起诉讼。本人认为,《解释》将预售商品房的买卖与因购买该房屋而形成的担保贷款作为一个统一的整体进行考虑,主要有以下几点内容:

1) 商品房买卖合同被确认无效或者被撤消、解除的,担保贷款合同可以因此解除。2) 银行可以作为有独立请求权的第三人申请加入购房人与开发商之间的商品房买卖合同无效、撤消或解除案件,但若银行没有申请,法院无权主动追加。3) 购房人之贷款未办理抵押登记,银行起诉购房人请求处分房屋买卖合同项下的合同权利(房屋期权),法院应当通知开发商参加诉讼;但若购房人已经取得产权证书并办理了抵押登记,且开发商并未给购房人的贷款提供保证责任的,法院不应将开发商追加为当事人。4) 开发商为购房人的贷款提供保证责任的,银行可以将购房人和开发商列为共同被告。

《解释》的以上规定,解决了长期困扰购房人的房屋买卖和购房贷款之前合同关系的处理问题,为实践提供了法律依据。但是也存在下列问题: 1) 银行住房贷款安全性大大降低。《解释》第二十四条和第二十五条第二款规定,房屋买卖合同无效、解除或被撤消均可导致商品房担保贷款合同的解除,并进而解除抵押贷款合同。这一规定使得银

行的住房担保贷款风险大大增加。这些风险体现在以下几方面:(1) 买受人解除买卖合同时,银行住房担保贷款合同也将解除,其与银行签订的抵押合同也将随之解除。由于此时银行的贷款已经发放,银行原本享有担保或有抵押的债权将变为一般的债权,贷款安全性因此大大降低。(2) 借款合同解除后,购房贷款由开发商负责偿还,这里存在两个风险:一是借款合同银行是与购房人订立的,与开发商没有直接的法律关系,要求其返还贷款缺少依据;二是如果开发商没有还款能力,银行的损失将难以避免。2) 银行权益的行使在程序上存在困难。《解释》规定,在房屋买卖合同无效或者撤消、解除的诉讼中,银行属有独立请求权的第三人,必须主动申请才能参加诉讼。《解释》又没有明确法院、出卖人或买受人任何一方的通知义务,由于银行发放贷款的笔数众多和信息不对称,极有可能导致银行没有得到信息而错过申请机会,导致无法作为第三人参与诉讼。3) 《解释》适用范围是自《中华人民共和国房地产管理法》施行后(1995年1月1日)订立的商品房买卖合同发生的纠纷案件,这就意味着,自1995年起销售的所有商品房,均适用于该解释,这种时间宽泛性可能导致众多的消费者维权诉讼,从而为银行历史贷款带来风险。

(上接第17页)

预售制度将损失效率。

根据诺斯的理论,在制度变迁中,由于存在着路径依赖(自我强化机制),使制度变迁一旦走上了一条路径,它的既定方向会在以后的发展中得到自我强化。由于期房预售制度存在的特性,取消预售会增大房地产市场交易管理的成本,且现房销售也存在不可预知风险,所以期房预售制度不容易因诱致性(自发性)的制度变迁而推出历史舞台。

另外,商品房消费者的日趋成熟也将成为期房预售制度诱致性变迁的力量。米塞斯说过,“古今中外,每种新的思考和行动方式的探索者之所以能得以涌现,就是因为私有财产能够使其对多数认同的方式的蔑视成为可能。大量这样特立独行之士,惟有在经济上充分地独立,才能公然向政府挑战多数人的意见。”^[104]^[5]作为商品房主力购买阶层的中产阶级,正好符合这样的要求。他们一般具有较高的文化知识和工作技能,保有中等财资,持有自由、民主的价值观。而他们手中所掌握的消费力量正是他们通过市场实现民主的最重要武器,也就是所谓“消费者主权”。所以,在商品房市场化销售制度的框架下,“消费者主权”也将期房预售制度安排导向自发性制度变迁。

三、期房预售制度的变迁预测

马克思曾经在《政治经济学批判》1859年序言中写道:“社会的物质生产力发展到一定阶段,便同它们一直在其中活动的现存生产关系或财产关系(这只是生产关系的法律用语)发生矛盾。于是这些关系便由生产力的发展形式变成生产力的桎梏。那时社会革命的时代就来到了。随着经济基础的变更,全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革……。”在马克思主义政治经济学认为,在一种制度促进

生产力发展的潜能完全发挥出来之前,是不会消亡的。^[16]

世界各国的经验表明,在人均住房面积达到30~35平方米之前,居民会保持较旺盛的住房需求。2003年底,全国(除港澳台)城镇人均住宅建筑面积为23.67平方米,2004年底全国人均住房面积为24.97平方米,而我们的目标是小康目标是到2020年,全国人均住房面积达到35平方米。随着城市化进程的加快,城市人口数量的增加,我国在未来15年里需要200亿平方米,而现在每年供应仅为4亿~5亿平方米,因此当前房地产业的主要问题就是供需不平衡。如果将房地产市场供需平衡最为期房预售制度完成诱致性变迁的条件,那么,期房预售制度促进住宅建设的潜力至少还能发挥10年。

参考文献:

- [1] 国人民银行房地产金融分析小组. 2004 中国房地产金融报告[R].
- [2] 建设部、发改委等7部委联合发布. 关于做好稳定住房价格工作的意见[Z].
- [3] [美]R·科斯, A·阿尔钦, D·诺斯. 财产权利与制度变迁——迁产权学派与新制度学派译文集[M]. 上海: 上海三联书店, 上海人民出版社, 2004.
- [4] [美]斯韦托扎尔·平乔维. 产权经济学——一种关于比较体制的理论[M]. 北京: 经济科学出版社, 1999.
- [5] [美]米塞斯. 自由与繁荣的国度[M]. 北京: 中国社科文献出版社, 1994.
- [6] [德]马克思. 政治经济学批判[M]. 北京: 人民出版社, 1976.